

UMA COMPARAÇÃO ENTRE A ÓTICA JURÍDICA E ATUARIAL SOBRE OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

COMPARATION BETWEEN THE LEGAL AND ACTUARIAL PERSPECTIVE ABOUT THE IMPACTS OF HEALTH JUDICIALIZATION IN BRAZIL

Carolina Pavan Fernandes¹

Luiz Eugênio Scarpino Júnior²

RESUMO

Consequente à falta de eficácia do sistema de saúde no Brasil, cidadãos ingressam com ações pedindo acesso a medicamentos, e isso acarreta consequências negativas, tanto para o âmbito jurídico quanto atuarial. Na área jurídica o principal a ser discutido é a interferência do poder judiciário no poder legislativo, interferindo no princípio da harmonia entre os poderes. Já no âmbito das operadoras privadas de saúde, a principal consequência é o gasto que não estava previsto no valor do plano, podendo causar insolvência, deixando de atingir a função social do contrato. Apesar da saúde ser um direito fundamental dos brasileiros, esse não é cumprido, percebe-se então, um confronto entre o direito fundamental da saúde e a escassez dos recursos orçamentários. A receita não é suficiente para o total de despesas gastas com assistência de saúde. O objetivo dessa pesquisa, de caráter qualitativo, é analisar a situação atual da judicialização da saúde no Brasil, através da comparação entre o estudo da perspectiva jurídica e atuarial sobre o tema e observar a visão dos profissionais do judiciário e da saúde sobre a situação atual da saúde brasileira. Está ocorrendo a prioridade do tratamento individual sobre o direito coletivo a saúde, e com isso recursos ficam mais escassos, pois os valores para tratamentos individuais são mais elevados que para a manutenção do direito coletivo. Assim, medidas urgentes devem ser tomadas perante esse cenário instável na saúde, antes que uma crise financeira e jurídica nesse setor.

Palavras chave: Judicialização brasileira; Saúde brasileira; Visão jurídica

¹ Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

² Graduado, mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

ABSTRACT

Because of the ineffectiveness of the health system in Brazil, citizens file lawsuits for access to medicines, and this has negative consequences for both the legal and actuarial context. In the legal area, the main one to discuss is the interference of the judiciary in the legislative power, interfering in the principle of harmony between the powers. In the case of private health operators, the main consequence is the expense that was not foreseen in the value of the plan, which may cause insolvency, failing to reach the social function of the contract. Although health is a fundamental right, then, a confrontation between the fundamental right of health and the scarcity of budget resources. Revenue is not sufficient for total health care expenditures. The objective of this qualitative research is to analyze the current situation of the judicialization of health in Brazil, by comparing the study of the legal and actuarial perspective on the subject and to observe the view of the judiciary and health professionals on the current situation of Brazilian health. The priority of individual treatment over the collective right to health is taking place, and resources are becoming scarcer, because the values for individual treatments are higher than for the maintenance of the collective right. Thus, urgent action must take in the face of this unstable health scenario rather than a financial and legal crisis in this sector.

Keywords: Brazilian judicialization; Brazilian health; Law

1. Introdução

De acordo com a atual Constituição Federal do Brasil de 1988, todos os cidadãos brasileiros possuem a saúde como direito fundamental e dever do Estado, assim as políticas sociais e econômicas são deveres que visam a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, e, portanto, esse direito inclui os medicamentos necessários a cada cidadão. Porém, devido à falta de eficácia do sistema de saúde no Brasil, muitos cidadãos entram com ações de pedidos de acesso a medicamentos necessários.

Com isso, as ações de judicialização no Brasil tendem a aumentar a cada ano,

sendo que de 2008 a 2017 as ações aumentaram em 130%, de acordo com o Instituto de Ensino e Pesquisa (2019), ou seja, essas ações estão se popularizando entre os brasileiros, e acarretando consequências negativas ao longo prazo, como o desequilíbrio das contas públicas, prejuízos no atendimento coletivo e o funcionamento das operadoras privadas de saúde. Percebe-se então, um confronto entre o direito fundamental da saúde e a escassez dos recursos orçamentários, pois não há destinar recursos para um fim sem faltar para outros fins.

Contudo, essa popularização da judicialização da saúde acarreta consequências negativas, tanto para o âmbito jurídico quanto o âmbito atuarial. Na área jurídica podemos dizer que o principal ponto a ser discutido é a interferência do poder judiciário no poder legislativo. Esse último tem como função a elaboração de leis, ou seja, é responsável pelas políticas públicas, as quais posteriormente são colocadas em prática pelo poder executivo. E esse por sua vez, tem como função governar o povo e administrar os interesses públicos. Esses dois poderes seriam autossuficientes tratando-se de um mercado perfeito no qual não existe a ineficiência estatal perante a saúde pública, mas tratando-se de um mercado real, como o Brasil, o poder executivo acaba interferindo nas decisões do poder legislativo através das decisões das ações de judicialização da saúde. E como a cada ano essas ações estão crescendo, a interferência entre os poderes, conseqüentemente, também aumenta.

Assim, observamos que é preciso ter claro que os direitos não são gratuitos, eles dependem de recursos reais, que são captados da população por meio da receita arrecadada, e, portanto, as decisões jurídicas devem ser baseadas em cálculos financeiros e atuariais. E uma das formas, estudadas nesse artigo, de diminuir os gastos com a judicialização, seria através do princípio da eficiência econômica social (PEES). Esse tem como objetivo obter máxima eficiência com o mínimo de custos e pode ser usada como opção de política jurídica, tanto elaboração quanto aplicação de uma norma e sua análise judicial.

Os prejuízos coletivos causados para a população devido a judicialização da saúde foi analisado através do fato trazido por SILVA (2018), o qual ocorreu no Estado de Santa Catarina, onde foi gasto aproximadamente R\$ 156 milhões em 2014 para o cumprir ordens judiciais em favor de 26 mil pacientes, sendo que esse mesmo valor seria suficiente para a manutenção de dois hospitais administrados pela

Secretaria Estadual de Saúde (Hospital Celso Ramos e Hospital Nereu Ramos) por um ano, viabilizando o atendimento de cerca de 195 mil pessoas.

E no âmbito das operadoras privadas de saúde, os julgamentos da judicialização contra elas, foram favoráveis em favor do usuário em 88% (SCHEFFER, 2013), obrigando a empresa de plano de saúde a oferecer a cobertura negada. Quando isso acontece, ou seja, quando o usuário consegue aumentar a cobertura do plano sem pagamento adicional, a operadora terá um gasto que não estava previsto no valor do plano, podendo causar insolvência.

Portando, através desse artigo os objetivos de analisar a situação da judicialização no Brasil sobre a ótica jurídica e atuarial a situação da judicialização da saúde no Brasil, através da comparação entre o âmbito jurídico e atuarial e suas consequências foi alcançado, trazendo maior campo de visão e entendimento sobre nossa situação e preocupação com as consequências ao longo prazo que a judicialização da saúde está causando no Brasil.

2. Análise sobre a judicialização no Brasil e seus fundamentos

Ao Estado, com a publicação da Carta Política de 1988, foi atribuído o dever de transformações sociais através de políticas públicas que assegurem direitos fundamentais individuais e sociais. E essas políticas públicas deram origem ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, e ao artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Esses artigos levaram a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e a criação da Lei Orgânica de Saúde, sendo que os princípios dessa são: universalidade, equidade, integralidade e descentralização. Porém, há uma ineficiência desses sistemas e das políticas públicas, e um fato que comprova isso é o crescimento das ações de judicialização da saúde, nas quais são requeridos remédios na justiça para uso

individual, muitas vezes por que o Estado não teve condições de providenciar o remédio e as condições necessárias para o paciente, e então esse se encontra obrigado a entrar na justiça para lutar pelo seu direito a saúde e consequentemente o acesso aos remédios e assistência através do poder judiciário.

Assim, o poder judiciário passou a ser participativo na formulação das políticas públicas, através do ativismo judicial em torno do direito fundamental à saúde e a fim de promover o mínimo de assistência necessitada. Essa participação do judiciário acarreta em consequências como o desequilíbrio das contas públicas e prejudica o atendimento coletivo, pois trata o indivíduo acima do coletivo, e diminui a liberdade de alocação dos recursos pelo administrador, o qual foi eleito democraticamente pela vontade do povo, além de declarar a ineficiência estatal.

3. A interferência do Poder Judiciário perante o Poder Legislativo e o Princípio da harmonia e independência entre os Poderes

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 afirma que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, porém essa ideia está sendo desestabilizada perante a interferência do poder judiciário no poder legislativo. As políticas públicas devem ser definidas pelo poder legislativo, que tem como função a elaboração de leis, e posteriormente são colocadas em prática pelo poder executivo, o qual tem como função governar o povo e administrar os interesses públicos. Esses dois poderes seriam autossuficientes tratando-se de um mercado perfeito no qual não existe a ineficiência estatal perante a saúde pública.

A ideia de um mercado perfeito não é possível na prática, pois os tributos recolhidos pelo governo, por meio de taxas e impostos, são valores incertos e o valor gasto com a judicialização da saúde também são variáveis, não é possível determinar, portanto valores para essas duas situações e assim o mercado se torna imperfeito para a área da saúde pública do País. A receita não é perfeita e suficiente para o total de despesas gastas com políticas públicas de saúde, remédio, assistência de saúde para todos e prevenção de doenças.

A consequência disso são pessoas não beneficiadas e sem assistência de saúde, e isso prejudica a população, pois não tem acesso a remédios e cirurgia necessários, a prevenção eficiente de doenças, atendimento em hospitais e entre outros. Isso acarreta na insatisfação da população, que acabam optando pelo último e único recurso disponível, entrar com ação judiciária para obrigar o Estado a cumprir com seu dever de proporcionar saúde pública para todos os cidadãos.

Quando se propõe uma ação judiciária, está é responsabilidade do Poder Judiciário, o qual tem a função de interpretar e julgar as causas específicas com imparcialidade de acordo com a Constituição do estado. Assim, com o aumento do número de ações sobre a judicialização da saúde no Brasil, cada vez mais o Poder judiciário está interferindo e interpretando sobre um tema que cabe ao Poder Legislativo.

A Figura 1 a seguir nos mostra o aumento das ações de judicialização da saúde na primeira instância, e nela foram analisados os tribunais: TJRJ, TJMG, TJPI, TJAL, TJPE, TJSP, TJMA, TJMS, TJES, TJAC, TJCE, TJRO, TJRN, TJDF, TJMT, TJSC, TJTO. E a Figura 2 mostra as ações na segunda instância, sendo que os tribunais analisados foram: TJCE, TJMA, TJRJ, TJPE, TJES, TJSC, TJAL, TJPI, TJMT, TJMS, TJMG, TJAC, TJRO, TJRN, TJTO. Foram analisados 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais. E pode dizer que ocorreu aumento em 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017.

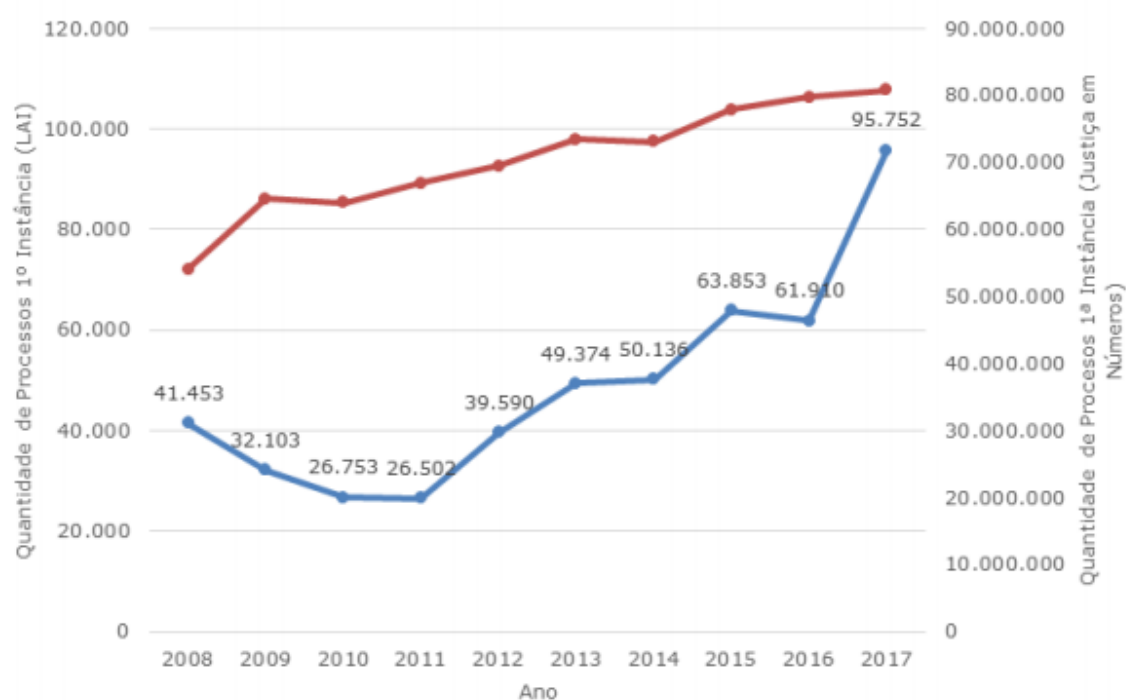


Figura 1: Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância).

Fonte: Elaboração pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER)

Na Figura 2 percebe que ocorreu um aumento de 2.969 processos para mais de vinte mil. Houve um aumento de 85% do número de demandas relativas ao direito à saúde entre 2009 e 2017. Esses números reforçam a ideia de que a tendência da judicialização é aumentar e se popularizar, e assim elevando tanto os gastos dos recursos financeiros públicos quanto as decisões do poder judiciário sobre a área da saúde pública, o que como já dito, interfere na alocação dos recursos e na liberdade e independência do poder legislativo de tomar decisões dentro da sua função.

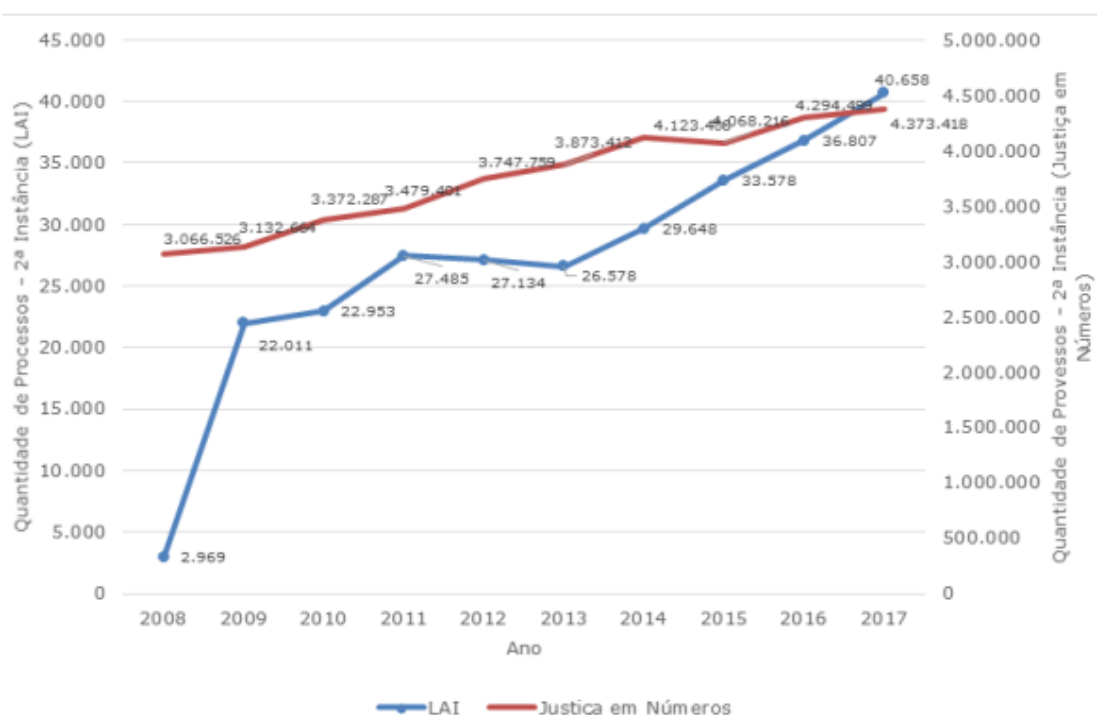


Figura 2: Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (2ª Instância)

Fonte: Elaboração pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER).

Ainda segundo o professor Mário Scheffer (2018), as ações aumentaram com os anos devido a um enfraquecimento regulatório no posicionamento do judiciário, piora do comportamento econômico do mercado e com isso, mesmo com a diminuição de usuários de planos de saúde houve o aumento da busca na justiça por assistências a saúde. E a Figura 3 a seguir mostra dados até o primeiro semestre de 2018, e com isso se percebe que as ações no judiciário paulista representaram grande aumento ao longo dos anos, reforçando assim a ideia da interferência entre os poderes e popularização das ações de judicialização da saúde.

EVOLUÇÃO NO JUDICIÁRIO PAULISTA

Só no primeiro semestre foram mais de 16 mil casos analisados

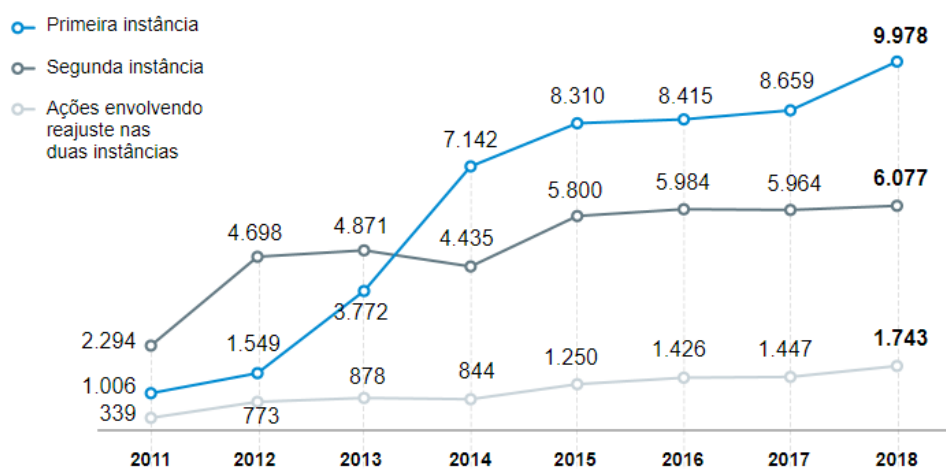


Figura 3: Evolução no Judiciário Paulista

Fonte: TJSP. Scheffer, M. Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar (DMP/FMUSP) e Escritório Conforti e Johnsson.

Olhando agora especificamente para a quantidade gasta por medicamentos ao longo dos anos, podemos ter como base a Figura 4, a qual traz o gasto em bilhões com medicamentos por esfera de governo entre 2010 e 2016. É explícito um aumento ao todo de 30% entre 2010 e 2016, reforçando a ideia de que todas as decisões judiciais interferem na alocação dos recursos financeiros e nas políticas públicas. Além disso, o gasto do governo federal em apenas dois últimos anos cresceu 8%.

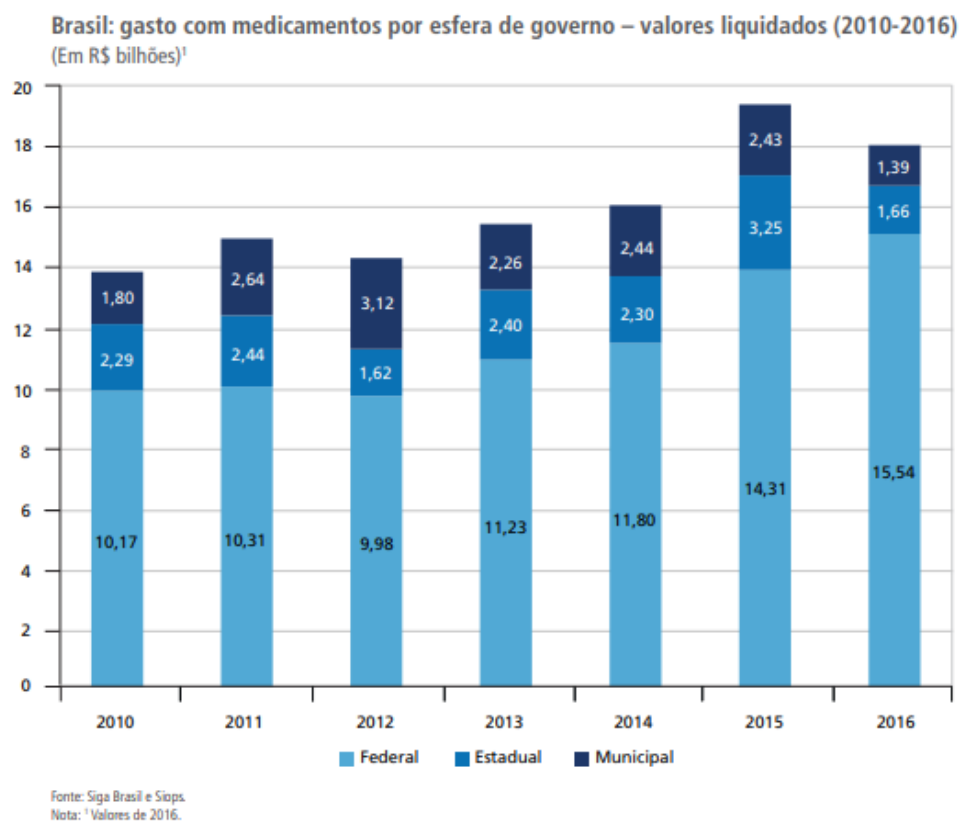


Figura 4: Brasil: gasto com medicamentos por esfera de governo (2010-2016) (Em bilhões).
Fonte: Siga Brasil e Siops. Nota: 1 Valores de 2016.

Com essa interferência dos poderes sobre suas decisões e funções, podemos exemplificar o conflito com o princípio da harmonia dos poderes. Esse é um princípio de amplitude macro pois tem origem na doutrina “Sistema de Freios e contrapesos” e “Separação dos poderes”, sendo que ele basicamente é o resultado do parágrafo único do artigo 1 e do artigo 2 da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (Constituição Federal, 1988)

Portanto pode afirmar que há o conflito entre os poderes judiciários e legislativo, principalmente quando se trata da judicialização da Saúde, pois esse é um tema que está se expandindo ao longo dos anos e causando maiores gastos nas políticas públicas de saúde, e todas as decisões sobre tema, seja pelo judiciário ou pelo legislativo, acaba acarretando grandes consequências nos recursos financeiro escassos estatais.

4. Interpretação Jurídica deve ser baseada na Economia

Devido ao Direito servir como um instrumento de controle social inquestionável que visa organizar e reger a sociedade, deve ter como fundamento para suas decisões e interpretações sociais a certeza de que o mercado não é perfeito, pois os custos marginais Públicos e Privados (CMgPu e CMgPr) não serão iguais as Receitas Marginais Públicas e Privadas (RMgPu e RMgPr). Assim, os cálculos sobre a eficiente alocação dos recursos financeiros da saúde, custo benefício e minimização dos não beneficiados devem estar aliados as decisões judiciais, uma dessas formas é através do o princípio da eficiência econômica social (PEES), que busca o uso eficiente dos recursos para as questões sociais.

Percebe-se então um confronto entre o direito fundamental da saúde e a escassez dos recursos orçamentários, pois não há destinar recursos para um fim sem faltar para outros fins. Como afirma BARCELLOS (2002): “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”.

A partir do momento que se valoriza mais o tratamento e o direito da saúde individual, é deixado de pensar no direito coletivo a saúde e os recursos ficam mais escassos ainda, dado que os valores para tratamentos individuais são mais elevados que para a manutenção do direito coletivo. De acordo com SILVA (2018): em 2010 foram

gastos 122 milhões de reais no Brasil em ações de judicialização da saúde, e em 2016 esse valor aumentou exacerbadamente para 1,6 bilhões de reais. Outro caso concreto para refletir é o Estado de Santa Catarina, o qual em 2014 gastou aproximadamente R\$ 156 milhões para o cumprir ordens judiciais em favor de 26 mil pacientes, sendo que esse mesmo valor seria suficiente para a manutenção de dois hospitais administrados pela Secretaria Estadual de Saúde (Hospital Celso Ramos e Hospital Nereu Ramos) por um ano, viabilizando o atendimento de cerca de 195 mil pessoas. Além disso, essa mesma quantia que foi destinada aos pacientes judiciais, poderia manter por dois meses todos os treze hospitais administrados pela Secretaria da Saúde, beneficiando ao todo 170 mil pessoas. Percebe-se que se os valores gastos com pacientes judiciais fossem aplicados em prol da coletividade haveria um maior número de pessoas beneficiadas, portanto os gastos e o número de pessoas beneficiadas com as ações de judicialização nos mostram que essas ações também não são eficientes ou maximizam benefício.

É preciso ter claro que os direitos não são gratuitos, eles dependem de recursos reais, que são capitados da população por meio da receita arrecadada. De acordo com isso, POSNER afirma que não pode interpretar e aplicar uma lei sem levar em conta a racionalidade econômica e análise do custo benefício. Portanto, não é possível se prestar a integralidade de todos os direitos, sendo necessário assim, priorizar os mais necessários e eliminar os desperdícios.

Uma das formas de diminuir as ações de judicialização e aumentar o número de pessoas atingidas pelos recursos gastos em saúde, seria através de um maior gasto com a prevenção da saúde. Isso acarretaria uma diminuição no número de pessoas doentes e consequentemente menos pessoas necessitariam de entrar com ações para terem acessos a remédios e assistência médica. Segundo Dias (2018) foi gasto 1% com a prevenção da saúde do total de recurso disponível para a saúde pública no Estado de Santa Catarina, ou seja, é necessário um melhor planejamento na distribuição do recurso financeiro.

Os autores Holmes e Sunstein (1999) sustentam a ideia de que os direitos dependem dos tributos para serem protegidos e as políticas públicas são objetos de mercado, mas a maioria das pessoas não relacionam os direitos com a aplicabilidade da natureza econômica, mesmo a economia sendo a ciência das concessões racionais (trade offs). Assim, toda interpretação e aplicação de direitos devem ser baseadas em cálculos

do custo benefício e racionalidade das concessões de recursos financeiros escassos. Podemos afirmar então, que o direito deve levar em conta a realidade social e financeira.

Um dos princípios que esses autores adotam para sua tese é o princípio da eficiência econômica social (PEES), a qual tem como objetivo obter máxima eficiência com o mínimo de custos e pode ser usada como opção de política jurídica, tanto elaboração quanto aplicação de uma norma e sua análise judicial. Segundo os autores Golçalves e Stelzer (2018): “Tal princípio conclama a aplicação da eficiência dentro de limites determinados pelo Estado e orientados pelo Mínimo Ético Legal (MEL), pois ponderam que análise econômica de custos e benefícios, que considera essencialmente critérios distributivos, tende a promover maiores lucros a determinados grupos de pessoas em detrimento da carência de outro, assim como a desconsideração da eficiência na tomada de decisão tende a produzir injustiças”.

O MEL é uma relação entre o Direito e a Moral, de forma que toda as normas devem conter um mínimo de preceitos morais, assim o legislador jamais poderá prescindir de uma apreciação moral das leis que o povo lhe deu a incumbência de criar. Além disso, as normas devem estabelecer os preceitos éticos para a convivência da sociedade ser harmoniosa e o direito é parte integrante da moral dotado de garantias específicas.

Já o PEES está relacionado com a doutrina Law and Economics, na qual se seguem os princípios: “Prevalece, como método, na aplicação da Economia ao Direito, o individualismo metodológico, segundo a racionalidade maximizadora economicista; as leis jurídicas devem guardar mínima harmonia com as leis econômicas; o paradigma jurídico deve voltar-se para a agilização fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção e utilização da riqueza individual e social”. (Golçalves; Stelzer, 2014). Esse princípio seria o resultado da aproximação entre o Direito e a teoria econômica, almejando a equiparação dos níveis de satisfação individual e coletivo, sendo que com as falhas de mercado pode ocorrer distorção da distribuição ideal de recursos acarretando injustiças e desperdícios nas alocações de recursos, assim nasce o papel do direito de organizar as relações econômicas sociais, atribuir a cada um o que lhe pertence através da justiça corretiva.

E assim as decisões judiciais devem ser tomadas com base nos questionamentos do PEES: “a) Inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo de benefício para a tomada de decisão econômica-jurídica, b) A para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos –adjudicação de direitos, da totalidade dos agentes econômicos e das partes envolvidas, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômica-jurídica, c) O primado da distribuição e redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo Mínimo Ético Legal determinado pelo Estado, d) A apreciação do caso concreto de forma eficiente, segundo expectativas da Análise Econômica do Direito (AEDI), eliminando-se os reflexos das externalidades individuais ou coletivas que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como, os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras, e e) A avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social.” (Golçalves; Stelzer, 2014).

Portanto, é viável que as decisões jurídicas estejam alinhadas com os interesses econômicos, e assim tenham como critério o PEES, a fim de fazer o uso dos tributos de forma eficaz e otimizar o benefício ao máximo de cidadãos possíveis dentro da realidade econômica, agindo em prol de maximizar o direito a saúde e a vida de cada pessoa de direito e assim, o Estado estará cumprindo com seus deveres. E nesse modo é evitado o uso irracional e ineficiente da riqueza do Estado.

5. Uma análise através da visão atuarial sobre a Judicialização da Saúde e suas consequências para as operadoras de saúde

No cenário jurídico atual a judicialização da saúde mostra-se uma realidade, sobretudo na área da saúde suplementar em que frequentemente são tomadas decisões contrárias ao rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Isso traz graves consequências para as operadoras de saúde, visto que, de acordo com Scheffer (2013), em 88% dos casos o julgamento foi favorável ao usuário, obrigando a empresa de plano de saúde a oferecer a cobertura negada.

Ao delimitar a área sob análise, temos que os serviços privados de saúde possuem natureza mercantil-contratual e caráter seletivo (PAULA, 2016). Ou seja, é tido como exigência básica o pagamento pela utilização dos serviços. O valor do prêmio (pagamento) a ser cobrado pela operadora é calculado por um atuário e leva em consideração a quantidade e qualidade de serviços oferecidos, a probabilidade de o usuário vir a utilizar o plano, entre outros.

Antes de analisar as consequências da judicialização é preciso compreender os conceitos de equilíbrio atuarial e financeiro. O Equilíbrio Financeiro é a garantia de que as despesas de um exercício serão plenamente financiadas com as receitas deste mesmo exercício. Já o atuarial, é a garantia de que as receitas cobrirão as despesas, porém no longo prazo.

Para que a operadora consiga atingir o equilíbrio financeiro-atuarial, é necessário que se constitua as chamadas provisões técnicas, que de acordo com a ANS são “valores contabilizados no passivo da operadora que refletem as obrigações esperadas decorrentes da operação de plano de saúde”. Simplificadamente, é o quanto que a empresa espera pagar em um determinado período futuro no tempo. A partir dos cálculos das provisões, as operadoras constituirão as reservas, que são uma porcentagem do valor recebido com os prêmios que deve ser guardada para que essa consiga arcar com suas obrigações.

Na saúde suplementar, a judicialização, de acordo com a ANS, surge principalmente da inobservância dos beneficiários aos contratos celebrados, fazendo com que busquem maior cobertura de procedimentos, medicamentos e materiais não previstos nos contratos de planos de saúde ou não elencados no rol de procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras.

Quando isso acontece, ou seja, quando o usuário consegue aumentar a cobertura do plano sem pagamento adicional, a operadora terá um gasto que não estava previsto no valor do plano, podendo causar insolvência. Portanto, esse pagamento trará consequências não só para a operadora, mas para todo o mercado de saúde suplementar, pois no longo prazo ela não conseguirá arcar com suas obrigações, tendo que embutir nos planos um valor provisionado para essa judicialização, tornando os planos cada vez mais restritos e deixando de atingir a função social do contrato, o interesse da

coletividade, já que a saúde suplementar não será capaz de auxiliar a saúde pública, que por si só já é deficiente.

As transações econômicas tornam-se mais arriscadas e seus resultados, imprevisíveis, já que o agente econômico fica impedido de prever o teor da decisão sobre seu contrato, isto é, se as cláusulas serão respeitadas ou se o magistrado utilizara critérios subjetivos evocando a justiça social.

Portando, sob ótica atuarial, a judicialização vem causando graves consequências para as operadoras de saúde e deve ser revista o quanto antes, pois, em um momento ou outro toda a população pagará pelo benefício concedido a poucos pelo Judiciário.

6. Conclusão

Com este artigo, podemos afirmar que apesar da saúde ser um direito fundamental resguardado pela Constituição Federal de 1998 para todos os brasileiros, na pratica essa segurança não ocorre, levando os cidadãos a entrarem com ações a pedido da judicialização da saúde, e essas ações crescem em números a cada ano no País, como observado nos gráficos.

E ainda assim, apesar de na teoria as ações resolverem as situações de saúde dos brasileiros, isso não ocorre na pratica, pois há uma distância entre a realidade jurídica e a realidade financeira e atuarial do País. E com isso, as principais consequências são: a popularização das ações de judicialização; beneficiamento de um número menor de indivíduos titulares das citadas ações, enquanto esse mesmo valor gasto com eles beneficiariam um número maior de pessoas fora do âmbito das ações de judicialização; interferência abusiva do Poder Judiciário perante o Poder Legislativo; crescente preocupação financeira perante as ações e situação de saúde no Brasil e além disso, há também, a preocupação perante essas ações nas operadoras privadas de saúde, devido ao maior valor gasto com a cobertura dos planos do que o valor recebido pelo prêmio.

Assim, tanto através da análise jurídica quanto atuarial, medidas urgentes devem ser tomadas perante esse cenário instável na economia e na saúde, antes que uma crise

econômica e jurídica ocorra nesse setor, e então, prejudicando ainda mais os principais afetados, os cidadãos brasileiros.

Referência bibliográfica:

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Julho, 2019.

Conselho Nacional de Justiça, Revista Instituto de Ensino e Pesquisa. **Relatório Analítico Propositivo 2019**. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Inspcr-CNJ.pdf>> Acesso em 10. Agosto.2019

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **O trabalhador e a saúde complementar**. Nota Técnica do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, número 82, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.sinpsi.org/publicacao/Dieese.pdf>>

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. **A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 1, p. 238-264, abr. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29084>>. Acesso em: 20.Abril.2019.

POSNER, Richard A. **The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe - And for the United States**. V. 32. N. 1. Tulsa Law Journal, 1996.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000**. Rio do Sul. Rel.: Des. Ronei Danielli. Julg.: 09 nov. 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial**. Revista Sequencia, Florianópolis, n.68, p.261-290, jun 2014. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf?fbclid=IwAR1xs38_hvDf2AISzQUQ5wtVDkBMXr5YvVmcTfWRWzgPxxGR8eRx2c7orFI> Acesso em 20.Abril.2019.

Submetido em 30.09.2019

Aceito em 07.10.2019